

PROPUESTA METODOLÓGICA PARA LA ELABORACIÓN DE LA LEY DE COMUNICACIÓN

Por: Romel Jurado Vargas

La presente propuesta metodológica está encabezada por dos asuntos, cuya definición es de especial relevancia para la producción de una Ley de Comunicación: a) el enfoque jurídico-político desde el que se desarrolla la Ley; b) las opciones del desarrollo legislativo: una legislación única, integral e integradora (código) o el establecimiento de varias leyes específicas. Una vez abordada estas cuestiones se describen las fases metodológicas que se consideran necesarias para la elaboración de la legislación en esta materia.

1. Enfoque jurídico- político:

El desarrollo de la legislación vigente en materia de comunicación está caracterizado por una fuerte priorización de los aspectos tecnológicos y mercantiles de las actividades comunicativas, consecuentemente se ha entendido que la materia a regular está principalmente constituida por las relaciones del Estado con los agentes de mercado, que están involucrados en su condición de proveedores o de consumidores de servicios de telecomunicaciones, de radio y de televisión.

Así pues, lo que ha caracterizado el enfoque de regulación jurídico-político de la comunicación en el Ecuador (salvando el caso de la ley de Acceso a la Información Pública) es que las relaciones jurídicas que se producen entre las personas, y entre éstas y el Estado, son fundamentalmente originadas en hechos comerciales y tecnológicos, frente a los cuales se establecen leyes para reglar las condiciones de la provisión de los servicios y los derechos de los consumidores de tales servicios, en el marco de la libre competencia; es decir con predominio de la racionalidad de mercado desde la cual las personas dejan de ser sujetos de derecho para convertirse en clientes o, en el mejor de los casos, en usuarios con los derechos o garantías propios de los consumidores, siempre y cuando puedan pagar por los servicios que son ofertados por los agentes de mercado¹.

Este tipo de enfoque genera varios problemas importantes, entre los que me permito destacar los siguientes:

- a) Lo ciudadanos no somos tratados por esta legislación como titulares de los derechos fundamentales relacionados con la comunicación y establecidos en la Constitución, sino (y en el mejor de los casos) sólo como consumidores y usuarios.
- b) Los derechos fundamentales relacionados con la comunicación no son desarrollados en la legislación secundaria vigente sobre las actividades de comunicación y por tanto no pueden ser ejercidos y exigidos, o las posibilidades de serlo son mucho menores en comparación con otros derechos fundamentales.

¹ Los Arts. 38 y 39 de la Ley Especial de Telecomunicaciones traslucen este enfoque de legislación con bastante contundencia.

- c) Las instituciones contempladas en la legislación vigente sobre comunicación (CONATEL, CONARTEL, Secretaría Nacional y Superintendencia de Telecomunicaciones, FODETEL, etc.) están orientadas y condicionadas en su desempeño por el enfoque tecno-mercantil, consecuentemente las decisiones y políticas públicas a su cargo se realizan desde esta misma concepción de la actividad comunicativa.
- d) La legislación de comunicación basada en un enfoque tecno-mercantil excluye en muchos casos y disminuye en otros las posibilidades de juridificar la dimensión social de los derechos relacionados con la comunicación, consecuentemente las responsabilidades estatales y de los actores de mercado al respecto quedan indefinidas, atenuadas o la propia ley contribuye a generar la creencia infundada de que no tienen ninguna responsabilidad social que sea jurídicamente exigible.

Con estos antecedentes resulta necesario cambiar el enfoque jurídico-político con el que se ha de desarrollar la legislación secundaria en comunicación. Este cambio de enfoque no solo está justificado por la necesidad ciudadana y social de dar una respuesta a los problemas que se han descrito, sino, y sobre todo, el cambio debe producirse por razones estrictamente jurídicas. En efecto, la normativa constitucional establece que las leyes y los actos del poder público deben mantener conformidad con las disposiciones constitucionales pues de lo contrario carecerán de eficacia jurídica².

La idea que subyace a este mandato constitucional es que la Constitución es la matriz a partir de la cual se da a luz un determinado orden jurídico del cual ella también forma parte. Dicho orden reconoce en la Constitución a la norma superior que orienta y condiciona el desarrollo de toda la legislación, por esa razón las leyes están imperativamente subordinadas a la Constitución y tienen el deber genético de desarrollar su contenido material con la mayor fidelidad posible al sentido jurídico-político con que fueron establecidas.

El incumplimiento de este deber genético en la creación de las leyes, estos es, la falta de identidad material con los contenidos constitucionales, determina que dichas leyes no puedan ser reconocidas como válidas y por lo tanto no es jurídicamente exigible que las personas se sometan a ellas. Por el contrario, la base de legitimidad jurídica y política de la legislación secundaria que permite exigir a todas las personas el cumplimiento de la ley reside principalmente en que este deber constitucional genético sea cumplido y que además se cumplan con los requisitos de forma y fondo que el ordenamiento jurídico establece para la creación de la ley³.

² Constitución de la República del Ecuador:

“Art. 424.- La Constitución es la norma suprema y prevalece sobre cualquier otra del ordenamiento jurídico. Las normas y los actos del poder público deberán mantener conformidad con las disposiciones constitucionales; en caso contrario carecerán de eficacia jurídica”.

³ Para que una norma jurídica sea reputada como válida se requiere, en términos generales, tres condiciones: a) conformidad material con los contenidos normativos constitucionales; b) Que se haya creado por los procedimientos previamente definidos en el ordenamiento jurídico; c) Que quienes la formulen y la aprueben estén legítimamente investidos de la autoridad para hacerlo de acuerdo a las normas previamente establecidas en el ordenamiento jurídico.

Por lo expuesto la legislación secundaria en comunicación sólo podría ser desarrollada en términos de validez jurídica si el enfoque que se adopta para tal efecto es **el enfoque de derechos**. En síntesis, este enfoque se origina en la concepción teórica de que los derechos fundamentales son el contenido sustancial del Estado de Derecho⁴; por lo cual el uso del *poder* y la *autoridad* del Estado solo tienen sentido y plena justificación en la medida que sirvan para la plena aplicabilidad de los derechos fundamentales. Consecuentemente, todo acto de los poderes públicos, incluida la producción de la ley, debe estar necesariamente orientado a la plena aplicabilidad de estos derechos. Esta concepción teórica ha sido juridificada a través de lo dispuesto en el primer inciso, del numeral 9, del Art. 10 de la Constitución que señala “El más lato deber del Estado consiste en respetar y hacer respetar los derechos garantizados en la Constitución”.

Con base en lo anotado, desarrollar la legislación en comunicación desde el enfoque de derechos no es una opción discrecionalmente adoptada o promovida por los “actores sociales” de la comunicación, ya sea porque les parece moralmente más justa o técnica y políticamente más apropiada, sino, y sobre todo, porque es el único enfoque posible para satisfacer las condiciones de validez jurídica y legitimidad socio-política que establece la Constitución del Estado para la creación de la ley.

El enfoque de derechos aplicado a la legislación en comunicación implica por tanto tomar todos los contenidos constitucionales (derechos y otras disposiciones constitucionales relativas a la comunicación) y desarrollarlos en la legislación secundaria de forma ordenada y sistemática bajo el entendido de que esto se hará preservando con la mayor fidelidad posible la orientación jurídico-política de los mismos; o dicho de otra manera, adecuando las relaciones jurídicas e intereses de los actores de mercado, estatales y de la sociedad civil a lo establecido en los contenidos constitucionales relativos a la comunicación.

2. Las opciones del desarrollo legislativo: una legislación única, integral e integradora (código) o el establecimiento de varias leyes específicas.

Teniendo en consideración que los derechos de la comunicación establecidos en la nueva Constitución y las demás disposiciones constitucionales relativas a la comunicación tienen un alcance profundamente transformador acerca del contenido y el sentido de las relaciones jurídicas que se establecen en esta materia, resulta evidente que la legislación secundaria necesariamente tiene que ser receptora y articuladora de estos importantes cambios, razón por la cual la legislación vigente hasta ahora resulta inadecuada e insuficiente y tiene que ser necesariamente reemplazada por una nueva legislación⁵ que viabilice de forma ordenada y sistemática el desarrollo de los contenidos constitucionales⁶.

⁴ Sin derechos fundamentales el Estado de Derecho no sería tal, pues perdería: a) su contenido sustancial; b) la justificación última del ejercicio del poder del Estado; c) el sentido moral del uso del poder y la autoridad del Estado, y d) la base jurídica de integración y convivencia civilizada entre los ciudadanos y entre éstos y el Estado.

⁵ Esto no implica necesariamente que todos los contenidos de la actual legislación tienen que ser derogados o reformulados, sino que tales operaciones se harán respecto de aquellas normas que resulten incompatibles con desarrollo legislativo realizado desde el enfoque de derechos.

⁶ Esta es una tarea sumamente compleja debido a que la comunicación en si misma es un fenómeno social complejo y globalizado que está atravesado por una serie de sentidos, intereses, poderes y actorías que a menudo coexisten en abierta confrontación y que están plagados de serias contradicciones en su configuración interna y en sus relaciones y manifestaciones externas.

Desde la perspectiva de esta propuesta metodológica, para emprender la tarea de elaborar la nueva legislación en comunicación son viables dos caminos, el primero de ellos implica conservar las leyes específicas que han servido para regular las telecomunicaciones, la radio y la televisión pero reformándolas de modo que incluyan el desarrollo de los contenidos constitucionales que les sean pertinentes en razón de sus ámbitos de competencia, y además creando una nueva Ley Orgánica de Comunicación que se ocupe de desarrollar los contenidos constitucionales que no se puedan incluir en las leyes ya existentes. Este proceso de reforma legislativa implicaría así mismo la modificación de los reglamentos de las leyes existentes y la creación de otros reglamentos que sean necesarios.

Sin embargo, adoptar esta opción de modo que se garantice el desarrollo y ordenamiento sistemático tiene ciertas dificultades, entre las cuales cabe destacar las siguientes:

- a) Supone la realización por separado de varios procesos para la aprobación de la ley en la Asamblea Nacional, con los recursos y el tiempo que ello demanda no sólo para los actores estatales, sino también para los actores sociales y de mercado interesados en el contenido que adoptaran las reformas.
- b) Aumenta el riesgo de que las reformas puedan generar contradicciones o deficiencias de sistematicidad, a menos de que todos los procesos de reforma sean realizados por el mismo equipo de juristas y técnicos.
- c) Dado que las leyes de telecomunicaciones, radio y televisión no tienen la jerarquía de leyes orgánicas, las reformas introducidas en ellas para desarrollar los contenidos constitucionales de la comunicación adoptarían la jerarquía de las leyes que las engloban, estos es de leyes ordinarias.
- d) En el futuro, puede resultar más fácil que las reformas introducidas en las leyes específicas sean revertidas o cambiadas si se las plantea como modificaciones sólo a un ámbito específico de la comunicación, aunque su efecto de hecho se extienda o influya en los ámbitos de las otras leyes específicas. Esto puede suceder con mayor facilidad en el caso de las leyes ordinarias pues su proceso de reforma contempla exigencias menos elevadas que el de las leyes orgánicas.

La segunda opción que contempla esta propuesta metodológica para desarrollar la legislación de la comunicación es **realizar un Código Orgánico de la Comunicación**, que sustituya a toda la legislación vigente hasta ahora en esta materia.

Como es conocido, el “Código” es una forma o una técnica de organización y desarrollo de la legislación secundaria que facilita el tratamiento ordenado y sistemático de una materia del Derecho, y que permite agrupar en un mismo cuerpo legal todos los temas específicos que están directamente relacionadas con ella.

La experiencia muestra que esta forma de desarrollar la legislación secundaria ofrece además de las ventajas enunciadas en su definición (agrupamiento, orden y

sistematicidad), las siguientes: el Código resulta más estable en el tiempo⁷; y, las modificaciones a una parte obligan al legislador a evaluar los impactos en toda legislación debido a la necesidad básica de mantener la coherencia interna del mismo cuerpo legal.

Además, su elaboración y aprobación supondrían la realización de un solo proceso en la Asamblea Nacional, por lo que los actores de la sociedad civil podrían concentrar en él todos sus esfuerzos y recursos, evitando la dispersión y desgaste que implica participar en varios procesos de reforma a leyes específicas.

Concurrentemente un “Código” puede tener la jerarquía de Ley Orgánica como lo demuestra el reciente precedente establecido por la Asamblea Nacional y por el Ejecutivo para la elaboración y aprobación del Código Orgánico de la Función Judicial, lo que implica que los requisitos para su reforma serán necesariamente más exigentes que para los de las leyes ordinarias y consecuentemente aumentan sus posibilidades de permanencia en el tiempo.

Como es evidente, esta propuesta metodológica se inclina por el desarrollo de la legislación a través de la realización de un Código Orgánico de la Comunicación, sin embargo hay que tener presente que por la complejidad, amplitud e importancia de lo que habría que regular es preciso contar con el tiempo, el equipo humano y los recursos que permitan una adecuada realización de esta tarea.

3. Fases metodológicas del desarrollo de la legislación en comunicación:

3.1 Rastreo normativo de los contenidos de la comunicación en la Constitución:

Esta fase supone un análisis minucioso de todas las disposiciones constitucionales teniendo como ámbitos referenciales los grandes subsistemas de la Constitución, que en términos generales son: Principios y derechos constitucionales; Organización del poder del Estado; Organización territorial del Estado; Constitución económica del Estado. Este análisis debe posibilitar:

- a) La identificación de todos los contenidos constitucionales relacionados con la comunicación.
- b) El agrupamiento temático de estos contenidos, proporcionado un esquema inicial para ordenar y abordar tales contenidos en el desarrollo de la legislación secundaria.
- c) En cuanto sea posible, este análisis debe contribuir a identificar los alcances y límites constitucionales de los derechos de la comunicación y de los demás contenidos constitucionales relativos a ella.
- d) Identificar los vacíos de sentido o posibles contradicciones en los contenidos constitucionales

⁷ El caso más ilustrativo es el del Código Civil que, aunque ha experimentado importantes cambios y avances en razón de la evolución de los derechos civiles, ha preservado su estructura y la gran mayoría de sus contenidos desde que fue aprobado en 1857.

Es preciso tener en consideración que las normas jurídicas tienen dos formas: principios y reglas. Las normas jurídicas con forma de principios son formulaciones abstractas, cuyo contenido es principalmente enunciativo (declaran o reconocen el derecho) y abierto (su contenido tiene que ser desarrollado y precisado por otras normas jurídicas). Por lo general las normas constitucionales tienen forma de principios.

En cambio las normas jurídicas con forma de reglas, describen y desarrollan las condiciones jurídicas que definen el alcance y los límites de los derechos, obligaciones, mandatos, prohibiciones o autorizaciones legales y establecen las conductas que son violatorias de los mismos así como las consecuencias jurídicas que el incumplimiento o la violación de ellas generan para las personas. Por lo general las leyes están elaboradas con normas con forma de reglas.

Sin embargo de lo anotado, ciertamente algunas normas constitucionales están redactadas con forma de reglas así como ciertas normas legales tienen forma de principios.

Esta precisión sirve para señalar que el análisis de las disposiciones constitucionales relacionadas con la comunicación no puede proporcionar en todos los casos una idea precisa de los contenidos y límites de los derechos de la comunicación ni de los demás contenidos constitucionales en esta materia, aunque sin duda establecen el sentido jurídico y político en que deben ser desarrollados o al menos pautas para tal efecto.

También puede ocurrir que la Constitución tenga fallas o deficiencias sistemáticas, lo cual implica que existan vacíos de sentido, inconsistencias o contradicciones entre los contenidos constitucionales. Detectar esto también es de gran utilidad de cara al desarrollo de la legislación secundaria, pues en ella se tiene ocasión de llenar esos vacíos de sentido y tomar una posición sobre como procesar las inconsistencias y contradicciones existentes.

Esta primera fase debe producir el documento base para el desarrollo de la legislación en comunicación.

3.2. Rastreo normativo de los contenidos de la comunicación en los instrumentos internacionales de derechos humanos:

Esta fase implica el análisis de los contenidos relacionados con la comunicación en los principales instrumentos internacionales de derechos humanos, principalmente para buscar elementos que puedan clarificar y eventualmente ampliar o mejorar el contenido de los derechos y sus límites respecto del ejercicio de otros derechos. Este examen también podría arrojar insumos que alimenten el esquema inicial realizado a partir de la Constitución para ordenar y abordar sus contenidos en el desarrollo de la legislación secundaria.

3.3. Rastreo normativo de la legislación vigente relacionada con la comunicación:

Esta fase implica el análisis de la legislación directamente relacionada con la comunicación como es la que opera para las telecomunicaciones, la radio, la televisión, el acceso a la información pública, la regulación del ejercicio profesional del periodismo. La utilidad de este esfuerzo radica en que permite:

- a) Identificar cuestiones muy específicas que deben ser ineludiblemente reguladas por la legislación de comunicación y que generalmente no están contempladas en las normas constitucionales ni en las disposiciones de los instrumentos internacionales; por ejemplo cuestiones relativas al uso de plataformas tecnológicas, requisitos para solicitar y mantener concesiones de frecuencias, parámetros técnicos de evaluación para la prestación de servicios de telecomunicaciones, la identificación de entidades que generan información público, el contenido de la reserva de ley, etc.
- b) Conocer como han sido regulados estas cuestiones muy específicas y saber si se pueden aprovechar total o parcialmente las normas que se usaron para tal efecto. O, en caso contrario, estas normas pueden proporcionar valiosas pistas sobre que no se debería hacer en el desarrollo de la legislación en comunicación desde el enfoque de derechos (lo cual siempre es indicativo de lo que si se debería hacer)
- c) Identificar vacíos legales que deben ser llenados

Complementariamente y para obtener los mismos aprendizajes que en las leyes directamente relacionadas con la comunicación es preciso identificar y analizar las partes pertinentes de otras leyes que han regulado ciertos aspectos relacionados con algunos derechos de la comunicación o ciertas condiciones y límites al ejercicio de las actividades de medios como por ejemplo el Código Penal, el Código de Procedimiento Penal, el Código de la Niñez y la Adolescencia, la Ley de Defensa del Consumidor, la Ley de Elecciones, la Ley de Seguridad Nacional, La ley de Propiedad intelectual, etc.

3.4. Preparación de la primera versión del Código Orgánico de la Comunicación:

Con todos los insumos producidos por los estudios y análisis anteriores se debe elaborar un primer borrador del Código Orgánico de la Comunicación; sin embargo esta fase no implica que el equipo encargado de la redacción trabaje exclusivamente con los insumos jurídicos que ha producido, sino que es la etapa en que debe mantener un diálogo amplio con informantes clave de las organizaciones de la sociedad civil interesadas en la propuesta legislativa, los actores estatales, los académicos, los actores de mercado y en con cualquier persona que consideren que podrían proporcionarles reflexiones relevantes para la formulación del este primer borrador, de modo que se tengan en consideración las demandas, expectativas e intereses de estos actores en la elaboración de la propuesta inicial.

3.5 Fase de de consulta y retroalimentación social del primer borrador:

El primer borrador del Código Orgánico de la Comunicación debe ser circulado, al menos entre las organizaciones que integran la Red Andina TIC, y de ser posible con un número mayor de organizaciones sociales, de modo que estos actores dispongan de un documento ordenado y sistemáticamente producido sobre el cual presentar sus observaciones y sugerencias.

Para recolectar estas observaciones se puede diseñar un plantilla que permita formular comentarios acotados y que al mismo tiempo permita aprovecharlos al momento de trabajar la propuesta definitiva.

En esta fase es recomendable organizar varios eventos de socialización de la propuesta con grupos relativamente pequeños de personas informadas sobre la materia que se regula, en los que puedan argumentar sobre las observaciones, sugerencias o propuestas que tengan sobre el primer borrador del Código. Sin duda estas argumentaciones serán un valioso insumo para el equipo de trabajo.

Finalmente, es preciso sistematizar los aportes formulados a este primer borrador

3.6 Fase de redacción de la propuesta definitiva:

Consiste en enriquecer el primer borrador con los insumos y sugerencias de la fase anterior cuidando que los cambios realizados no fracturen la coherencia interna del texto.